

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from
the European Research Council (ERC)
under the European Union's Horizon
2020 research and innovation
programme (ERC-2014-CoG, No.
647313-Tansnational Force of Law,
Andreas Fischer-Lescano)



European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

Anna Goppel / Corinna Mieth / Christian Neuhäuser (Hg.)

Handbuch Gerechtigkeit

J. B. Metzler Verlag

47 Positives Recht und Völkerrecht

Das Verhältnis von positivem Recht und Gerechtigkeit ist seit jeher umstritten. Ideengeschichtlich werden vor allem drei Relationsformen vertreten: 1) Insbesondere rechtspositivistische Ansätze gehen davon aus, dass die Bestimmung des positiven Rechts unabhängig von Gerechtigkeitsanforderungen an das Recht erfolgen müsse. 2) Hingegen wird in einer natur- bzw. vernunftrechtlichen Tradition der Begriff des positiven Rechts selbst mit Bezug auf Gerechtigkeit bestimmt. Positives Recht, das den Anforderungen der Gerechtigkeit nicht genügt, kann in dieser Perspektive keine legitime Geltung beanspruchen. 3) Eine vermittelnde Theorie, wie sie auch in der so genannten ›Radbruchschen Formel‹ zum Ausdruck kommt, lässt im Ausnahmefall die Verbindlichkeit des positiven Rechts entfallen. Das soll insbesondere dann der Fall sein, wenn das positive Recht den Anforderungen der Gerechtigkeit in besonders grober Weise widerspricht und dies Normen von qualifizierter Bedeutung betrifft (Radbruch 1946, 105–108).

Unabhängig von der Frontstellung zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht herrscht weithin Einigkeit, dass dem Verhältnis von positivem Recht und Gerechtigkeit ein basaler Widerspruch zugrunde liegt. Einerseits könne zwar die Gerechtigkeit nicht Wesensmerkmal des positiven Rechts sein. Andererseits und zugleich komme aber die Bestimmung des positiven Rechts nicht ohne Bezug auf einen Gerechtigkeitskern aus. In Auseinandersetzung mit dieser widersprüchlichen Struktur haben sich unterschiedliche Ansätze herausgebildet, die einerseits die Gerechtigkeitsbezüge des nationalen Rechts, andererseits aber auch die Gerechtigkeitsanforderungen an transnationale Rechtsordnungsmuster betreffen.

Positives Recht

Das positive Recht kann allgemein als Gesamtheit all derjenigen Normen einer Rechtsordnung definiert werden, denen deshalb Rechtskraft zukommt, weil sie rechtmäßig zustande gekommen sind und ihr Inhalt rechtlichen Anforderungen nicht widerspricht. Das so geformte positive Recht setzt sich zusammen aus Gesetzen (legislative Rechtsetzung), Gerichtsentscheidungen (judikative Rechtsetzung) und rechtlichen Handlungsformen der Exekutive, insbesondere der Verwaltung durch Satzungen, Verordnungen sowie Verwaltungsakte (exekutive Rechtsetzung). Schließ-

lich gibt es etwa in Gestalt privater Verträge, die zwischen Einzelnen und Gruppen geschlossen werden, auch Formen gesellschaftlicher Rechtsetzung abseits der politischen Institutionen (Merkel 1923).

Der genaue Inhalt des positiven Rechts ist regelmäßig umstritten. Da neben legislativ und exekutiv erlassenen Rechtsnormen auch judikative Entscheidungen rechtsgenerierende Wirkung haben und diese drei Rechtsquellen wiederum mit Rechtsquellen, die in gesellschaftlicher Übung (Gewohnheitsrecht) und sozialer Normsetzung ihren Grund haben, in Verbindung zu setzen sind, kommt es regelmäßig zu Normkollisionen. Die Schwierigkeit, das jeweils in Rechtskraft erwachsende positive Recht angesichts sich widersprechender Geltungsanordnungen zu bestimmen, spitzt sich im Bereich des transnationalen Rechts noch zu. Könnten die Widersprüche im Nationalstaat noch durch die Etablierung von Norm- und Gerichtshierarchien eingegrenzt werden, kann angesichts der polyzentrischen Struktur des transnationalen Rechts auf diese Mechanismen nur eingeschränkt zurückgegriffen werden.

Als transnational in einem weiten Sinn sind hierbei unter Bezugnahme auf eine frühe Begriffsdefinition von Philip C. Jessup diejenigen rechtlichen Ordnungsmuster zu verstehen, die jenseits des staatlichen Rechts gebildet werden (Jessup 1956). Diese umfassen das internationale Recht, das im Kontext der Europäischen Union gesetzte Unionsrecht und auch das transnationale Recht im engeren Sinn, das von privaten Akteuren gesetzt und durch private Schiedsgerichte durchgesetzt wird (zum engen und weiten Begriffsverständnis transnationalen Rechts vgl. die Beiträge in Callies 2014).

Zwar wird vereinzelt versucht, den Begriff des positiven Rechts auch im transnationalen Recht noch unter Bezugnahme auf den Staat oder staatliche Gewalt zu bestimmen. Dies überzeugt angesichts einer sich dramatisch verändernden Rechtswirklichkeit jedoch nicht mehr. Denn die Herausbildung transnationaler Regelungsarenen (*lex mercatoria*, *lex digitalis* etc.) und privater Spruchkörper (Schiedsgerichte) ist Ausdruck einer durch die funktionale Differenzierung ausgelösten fundamentalen Fragmentierung des Weltrechts. Eine Bestimmung des positiven Rechts muss sich in der transnationalen Konstellation deshalb von seiner Staatszentrierung lösen, um diese neuartigen Normierungsformen zu integrieren. Die Frage, ob etwa transnationale Unternehmen und internationale Organisationen an Menschenrechte gebunden sind, offenbart zudem eine Tendenz zu einem

Anspruchstransfer: Die Gerechtigkeitsanforderungen an das Recht betreffen zunehmend auch solche Arenen transnationaler ›Governance‹, deren Institutionen und Strukturen durch nichtstaatliche Akteure geprägt werden.

Naturrecht und Rechtspositivismus

Eine angemessene Rahmung des Verhältnisses dieses in den jeweiligen Ordnungsmustern gebildeten positiven (transnationalen) Rechts zu den Anforderungen der Gerechtigkeit stellt die zentrale Herausforderung bei der Bestimmung des Umfangs und der Grenzen der Autonomie des Rechts dar. Zwar wurde der Begriff des positiven Rechts selbst teilweise mit Bezug auf die Gerechtigkeit gebildet, d. h. Gerechtigkeit wurde als konstitutives Merkmal des Begriffs des positiven Rechts betrachtet. Allerdings gerät schon bei den Sophisten das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit in ein Spannungsverhältnis.

Die Relation von Recht und Gerechtigkeit wird regelmäßig dann zum Problem, wenn das Recht positiviert wird. Denn spätestens ab diesem Moment können das, was Recht ist, und das, was gerecht ist, auseinanderfallen. Ausgangspunkt der Diskussionen um das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit ist hierbei die Konfrontation rechtspositivistischer Positionen auf der einen und natur- bzw. vernunftrechtlicher Konzepte auf der anderen Seite. Während die Vertreter des Naturrechts das geltende Recht aus einem religiös-, natur- oder vernunftbasierten Apriori entwickeln (exemplarisch: Pufendorf 1672/2001), besteht der Rechtspositivismus klassischerweise auf einer Autonomisierung des positiven Rechts. So hat Hans Kelsen die Naturrechtslehre als ein *sacrificium intellectus* bezeichnet, weil es eine Illusion sei, dass die Gerechtigkeitsnorm von Gott, der Natur oder der Vernunft stamme. Das Recht sei Ergebnis gesellschaftlicher Setzung und unabhängig von einem vorgeblich natürlichen Apriori (Kelsen 1976, 442).

Es wäre allerdings unzutreffend, wollte man die Gerechtigkeitsdebatte auf diese überholte Frontstellung zwischen rechtspositivistischen Theorietraditionen auf der einen Seite und natur- bzw. vernunftrechtlichen Positionen auf der anderen verkürzen. Schon Immanuel Kants vernunftrechtlicher Ansatz fasste das Problem der Relationierung von Recht und Gerechtigkeit bekanntlich komplexer, indem er mit Blick auf das Widerstandsrecht postulierte, dass dem positiven Recht regelmäßig auch dann Folge zu leisten sei, wenn

es nicht als vernünftig wahrgenommen werde (Kant 1797/1977, 337–443). Das positive Recht besitzt also selbst schon bei Kant eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber dem Vernunftrecht.

Gerechtigkeit als Transzendenzformel des Rechts

Aktuelle Überlegungen zum Verhältnis von positivem Recht und Gerechtigkeit beziehen sich unterschiedlich stark auf rechtspositivistische oder natur- bzw. vernunftrechtliche Theorietraditionen. Weder rein positivistische noch rein naturrechtliche Positionen sind dabei jedoch vorherrschend. Die aktuellen Beiträge in der Diskussion über das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit verbindet vielmehr die – im Einzelnen freilich unterschiedlich ausgedeutete – Ausgangsposition, dass das Verhältnis von positivem Recht und Gerechtigkeit widersprüchlich ist. Diese Widersprüchlichkeit ergibt sich aus zwei kontradiktorischen Befunden: 1) Gerechtigkeit kann kein Wesensmerkmal des positiven Rechts sein. 2) Das positive Recht kann aber zugleich nicht ohne Verweis auf Gerechtigkeit bestimmt werden.

Der erste Befund, dass Gerechtigkeit kein Wesensmerkmal des positiven Rechts sein kann, wird damit begründet, dass selbst die Körperschaften demokratischer Gesetzgebung im Einzelfall ungerechtes Recht produzieren können. Nur wenn die Gerechtigkeit nicht konstitutiv für den Begriff des positiven Rechts selbst ist, könne das positive Recht überhaupt im Namen der Gerechtigkeit kritisiert, könne die »ungeheure Kluft, die zwischen Recht und Gerechtigkeit dem Wesen nach klafft« (Benjamin 1995, 42) sichtbar werden. Es scheint also, dass Gerechtigkeitsanforderungen an das positive Recht nur dann gestellt werden können, wenn Letzteres nicht schon je begrifflich als gerechtes Recht bestimmt ist. Erst die Konfrontation des Rechts mit kollidierenden Gerechtigkeitserwartungen führt zu der Frage, ob und wann ein Gerechtigkeitsverstoß auf die Geltung der Rechtsnorm durchschlägt.

Der zweite – entgegenstehende – Befund besteht darin, dass der Begriff des positiven Rechts aber ebenso wenig ohne einen immanenten Gerechtigkeitsbezug als normatives Element der Bestimmung des Rechts auskommt. Konsequenterweise bestimmt Niklas Luhmann denn auch die Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts. Sie stelle als Selbstbeschreibung und Selbstbeobachtung des Systems eine reflexi-

ve Repräsentation der Einheit des Funktionssystems Recht dar. Im rechtlichen Streben nach Gerechtigkeit komme der Anspruch des Rechts zum Ausdruck, gleiche Fälle gleich zu entscheiden und sich hierbei responsiv zu den gesellschaftlichen Anforderungen zu verhalten. Gerechtigkeit wird insofern zur permanenten Quelle der Irritation des autonomen Rechts durch die Gesellschaft (Luhmann 1993, 214–238). Auch in den dekonstruktiven Analysen Jacques Derridas kommt das Recht nicht ohne Verweis auf Gerechtigkeit aus. Denn auch noch die genaueste Fassung einer positiven Rechtsnorm kann die Anwendung derselben, d. h. die Entscheidung nach positivem Recht, nicht vorgeben. Die Anwendung des positiven Rechts ist kein Automatismus. Die Aporien des Rechtsentscheidens, der Hiatus zwischen positiver Rechtsnorm und ihrer Anwendung in der Entscheidung, können nur mit Hilfe der Gerechtigkeit überwunden werden. Eine Entscheidung kann dabei nie gerecht »sein«. Die Gerechtigkeit des Rechts sei vielmehr stets »im Kommen« (Derrida 1991, 46–53).

Gerechtigkeit im transnationalen Recht

Diese doppelte Einsicht, dass die Bestimmung des positiven Rechts unabhängig von Gerechtigkeitskriterien erfolgen muss und dass zugleich der Vollzug des positiven Rechts strukturell auf Gerechtigkeit angewiesen ist, wird theoretisch sehr unterschiedlich umgesetzt. Dies zeigt sich vor allem auch an der Diskussion um die Gerechtigkeit im transnationalen Recht.

Eine bedeutsame Theorietradition des transnationalen Gerechtigkeitsdiskurses bezieht sich auf das Kantische Vernunftrecht, adaptiert dies aber in Richtung einer diskursethisch fundierten prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellung. Gerechtigkeit wird so in erster Linie als prozedurale Ausgestaltung vernünftiger Verfahren und nicht mehr, wie noch in natur- und vernunftrechtlichen Ansätzen, inhaltlich bestimmt. Die Universalisierbarkeit rationaler Normen bildet für die Vertreter dieser Theorieschule die Grundlage für eine gerechte Ausgestaltung des positiven Rechts. Gerade im Völkerrecht werden Ansätze entwickelt, die in der Konstitutionalisierung des Völkerrechts die Antwort auf die Gerechtigkeitsdefizite des globalen Rechts sehen. Hiernach setze eine gerechte Völkerrechtsordnung vor allem voraus, dass es gelinge, deliberativ-demokratische Legitimationselemente aus dem Nationalstaat in die transnationale Konstellation zu überführen (Habermas 2004).

Kantianisch inspirierte Beiträge gehen über dieses Programm bisweilen hinaus und suchen den Gerechtigkeitsbezug des transnationalen Rechts zu einer militärischen Eingriffsbefugnis oder gar -pflicht auszudeuten. So wird in der Theorie des gerechten Krieges die Gerechtigkeit zum außerrechtlichen Rechtfertigungsgrund für formal völkerrechtswidrige militärische Einsätze (zur Kritik: Müller 2013). Die Legalitätsordnung des Völkerrechts in Gestalt der Friedenspflicht wird in solchen Ansätzen damit unter den Vorbehalt extralegalen Legitimitätsanforderungen gestellt. Dies widerspricht allerdings der prozeduralen Gerechtigkeitsdimension des transnationalen Rechts. So wurde insbesondere im System der Vereinten Nationen eine komplizierte Balance geschaffen, um das globale Gewaltverbot durchzusetzen und die Rechtmäßigkeit des Einsatzes militärischer Gewalt an die in der UN-Charta festgelegten Verfahren zu binden. Diese Verfahrensgerechtigkeit kann nicht durch eine materielle Gerechtigkeitslogik substituiert werden, ohne die freiheitssichernde Funktion der Kompetenzordnung zu gefährden (Maus 1999).

Neben den prozedural argumentierenden Gerechtigkeitstheorien gibt es im transnationalen Recht eine Vielzahl ganz unterschiedlich gelagerter Ansätze, deren gemeinsamer Ausgangspunkt ihre Alteritätsorientierung ist; d. h. nicht die Suche nach universeller Gültigkeit, sondern die Einsicht in die unüberbrückbare normative Pluralität gesellschaftlicher Verhältnisse steht hier im Zentrum. Bei Gunther Teubner erfährt die Kontingenzformel der Gerechtigkeit eine dekonstruktive Ausdeutung. Unter Bezugnahme auf Derrida versteht Teubner die transnationale Gerechtigkeit als einen Prozess der »Selbstbeschreibung im Recht, der die routinisierte Rekursivität der Rechtsoperationen unterbricht, blockiert, sabotiert, unterminiert, der damit das Recht zu seiner Selbsttranszendierung über jeden Sinn hinaus zwingt, der sich aber sogleich wieder unter den Fortsetzungszwang, weitere Rechtsoperationen zu produzieren, setzt und sich dadurch selbst sabotiert, dass er genau neue Ungerechtigkeiten schafft« (Teubner 2014, 347). Nur in der Selbsttranszendierung könne das transnationale Recht sich demnach der Gerechtigkeitserfahrung aussetzen. Eine große Nähe haben solche alteritätsorientierten Gerechtigkeitskonzeptionen zudem zu den rechtskritischen Ansätzen im Rahmen des so genannten *Third World Approach to International Law* (TWAIL). Diese regelmäßig postkolonialen Theoriebildungen setzen sich vor allem kritisch mit univer-

salistischen Gerechtigkeitsvorstellungen auseinander (vgl. z. B. Anghie 2005).

In Bezug auf das Völkerrecht schlagen sich alteritätsorientierte Gerechtigkeitskonzepte des Rechts vor allem in den Konzepten eines transnationalen Rechtspluralismus nieder. Wenn ein gerechtes Recht nicht durch Universalisierung erreicht werden kann, weil die normative Pluralität als Ausdruck der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft nicht aufgehoben werden könne, kommt eine Bezugnahme auf Metanormen oder eine übergreifende und einheitsstiftende (Welt-)Verfassung nicht mehr in Betracht. Gerechtigkeitsanforderungen müssen dann vor allem darauf abzielen, die Kollision polyzentrisch organisierter Normierungsformen und Arenen abzufedern, indem in den heterarchischen pluralen Normordnungen intern Responsivitätspflichten etabliert werden, die intern einen adäquaten Umgang mit den von der jeweiligen Bereichsrechtsordnung Betroffenen absichern. Es wird dann zur Kernforderung der Gerechtigkeit, durch Recht einen Prozess zu etablieren, der die Rechte von Menschen, ökologischer Umwelt und von anderen gesellschaftlichen Sektoren so miteinander in Beziehung setzt, dass individuelle Freiheit und gesellschaftliche Emanzipation möglich bleiben.

Forschungsperspektivisch hat eine solche Ausdeutung der Gerechtigkeitsfrage im Recht insbesondere auch Folgen für die Bedeutung von Staatlichkeit: Galt vernunftrechtlich orientierten Ansätzen der Staat und das politische Gemeinwesen in deliberativ-demokratischer Tradition noch als letztlich entscheidende Legitimationsquelle des Rechts und war der Wille des Staates in rechtspositivistischen Ansätzen letztlich entscheidendes Kriterium für die Entstehung positiver völkerrechtlicher Normen, so löst sich der transnationale Rechtspluralismus von diesem etatistischen Reduktionismus. Neben der Festigung von im Staat organisierten Beteiligungsstrukturen komme es darauf an, neue formelle und informelle zivilgesellschaftliche und subalterne Partizipationsformen im Recht zur Geltung zu bringen. Nur wenn das positive Recht gesellschaftliche Selbstbestimmungsmöglichkeiten jenseits staatlicher Zusammenhänge eröffne, könne es zu einer gerechten rechtlich basierten Ordnung der transnationalen Konstellation beitragen. Gerade weil neben dem Staat zunehmend auch nicht-staatliche Akteure öffentliche Gewalt ausübten, müssten Gerechtigkeitsanforderungen an das Recht auch in diesen nichtstaatlichen Regelungsarenen zur Geltung gebracht werden (Teubner 2012).

Literatur

- Anghie, Antony: *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge 2005.
- Benjamin, Walter: Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit [1916]. In: *Frankfurter Adorno Blätter* 4 (1995), 41–52.
- Calliess, Galf-Peter (Hg.): *Transnationales Recht*. Tübingen 2014.
- Derrida, Jacques: *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«*. Frankfurt a. M. 1991.
- Habermas, Jürgen: *Der gespaltene Westen*. Frankfurt a. M. 2004.
- Jessup, Philip C.: *Transnational Law*. New Haven 1956.
- Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* [1797]. In: Ders.: Werkausgabe in 12 Bänden, Bd. VIII. Hg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt a. M. 1977.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre* [1960]. Wien ²1976.
- Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M. 1993.
- Maus, Ingeborg: Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik. In: Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz-Bachmann (Hg.): *Recht auf Menschenrechte*. Frankfurt a. M. 1999, 274–285.
- Merkel, Adolf: *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Leipzig 1923.
- Müller, Harald: Justice and peace: Good things do not always go together. In: Gunther Hellmann (Hg.): *Justice and Peace. Interdisciplinary Perspectives on a Contested Relationship*. Frankfurt a. M. 2013, 43–68.
- Pufendorf, Samuel: *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht*. Frankfurt a. M. 1711, Nachdr. Hildesheim 2001 (lat. *De iure naturae et gentium libri octo*, Lund 1672).
- Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), 105–108.
- Teubner, Gunther: *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin 2012.
- : Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? In: Marc Amstutz/Andreas Fischer-Lescano (Hg.): *Kritische Systemtheorie*. Bielefeld 2014, 327–364.

Andreas Fischer-Lescano / Johan Horst